# Die Entwendung des § 272 Vorentwurfs zu einem deutschen Strafgesetzbuch verglichen mit dem Diebstahl und Mundraub des geltenden Rechts.

Von
Adolf Gérard.

33

# Die Entwendung des § 272 Vorentwurfs zu einem deutschen Strafgesetzbuch verglichen mit dem Diebstahl und Mundraub des geltenden Rechts.

---

## Inaugural-Dissertation

der

**juristischen Fakultät**

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

**Adolf Gérard**

gepr. Rechtspraktikant aus Speyer.

Approbiert am 29. Mai 1911.

**Speyer a. Rh.**
Julius Kranzbühler & Cie, G. m. b. H.
1911.

Referent: Univ.-Protessor Dr. Allfeld

Meinen Eltern in Dankbarkeit gewidmet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543504_0119

# Inhaltsangabe.

§ 1.

Eine Vergleichung

1. des Diebstahlsbegriffs des geltenden Rechts mit dem des Vorentwurfs.
2. des Unterschlagungsbegriffs des geltenden Rechts mit dem des Vorentwurfs.

§ 2.

Der Begriff des Mundraubs im geltenden Recht.

§ 3.

Die Entwendung des § 272 V. E. verglichen mit dem Diebstahl des geltenden Rechts.

§ 4.

Die Entwendung des § 272 V. E. verglichen mit dem Mundraub des geltenden Rechts.

1. § 272 V. E. enthält eine Erweiterung des § 370 Ziff. 5 Str.-G.-B.

a. Die Entwendung des § 272 V. E. erstreckt sich auch auf Unterschlagung.
b. Der Kreis der in § 370 Ziff. 5 Str.-G.-B. begünstigten Gegenstände ist erweitert.

2. § 272 V. E. enthält anderseits gegenüber § 370 Ziff. 5 Str.-G.-B. eine Spezialisierung und Einschränkung.

a. das Tatbestandsmerkmal des § 370 Ziff. 5 Str.-G.-B. „oder in geringer Menge“ ist gefallen.
b. die Motive zur Tat sind in § 272 V. E. spezialisiert.

§ 5.

Die qualifizierten Fälle des Diebstahls und des Mundraubs nach dem geltenden Strafrecht verglichen mit den qualifizierten Fällen der Entwendung nach dem Vorentwurf.

1. Diebstahl und Entwendung unter erschwerenden Umständen.
2. Verhältnis des Diebstahls und der Entwendung zum Raub.
3. Der Rückfall und seine besondere Berücksichtigung bei Diebstahl und Entwendung.

§ 6.

Weitere Vergleichsmomente.

1. Die Aenderung des Vorsatzes und sein Einfluss auf die Bestrafung.
2. Versuch der Entwendung.
3. Die Entwendung als Antragsdelikt.
4. Die Entwendung, begangen gegen Verwandte.
5. Die Entwendung und die landesrechtlichen Vorschriften über Feld- und Forstentwendung.

§ 7.

Nebeneinanderstellung der Strafrahmen, die bei der Entwendung des Vorentwurfs und beim Mundraub und Diebstahl des geltenden Rechts zur Anwendung gelangen.

# Literatur.

Berner Lehrbuch des deutschen Strafrechts 14. Aufl. Leipzig 1886.

Binding Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Erster Band, Leipzig 1902.

Mayer-Allfeld Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Leipzig 1907.

v. Liszt Lehrbuch des deutschen Strafrechts 14. u. 15. Auflage, Berlin 1908.

Frank Kommentar zum Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, Tübingen 1908.

Olshausen Kommentar zum Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, Berlin 1910.

Oppenhoff Kommentar zum Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, Berlin 1901.

Schlosky der Mundraub, Breslau 1897.

Fiedländer i. d. Zeitschrift für Strafrechtswissenschaft Band XI.

Die Entscheidungen des Reichsgericht in Strafsachen.

Die Entscheidungen des kgl. Oberlandesgerichts München.

Harburger Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Band VI, Berlin 1907.

Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch, Berlin 1909.

Begründung des Vorentwurfs zu einem deutschen Strafgesetzbuch, Berlin 1909.

Die Reform des Reichsstrafgesetzbuches. Kritische Besprechung des Vorentwurfs zu einem Strafgesetzbuch für das deutsche Reich unter vergleichender Berücksichtigung des oesterreichischen und schweizerischen

Vorentwurfs hsg. von Dr. Aschrott u. Dr. Franz v. Liszt, Berlin 1910.

Monatsschrift für Kriminalysychologie und Strafrechtsreform, 6. Jahrgang.

Deutsche Juristenzeitung, Jahrgang 1909 u. 1910.

Entwurf des Strafgesetzbuchs für die preussischen Staaten, Berlin 1843.

Revidierter Entwurf des Str.-G.-B. für die preuss. Staaten, Berlin 1845.

Entwurf des Strafgesetzbuchs für die preussischen Staaten, Berlin 1847.

Sammlung sämtlicher Drucksachen des Reichstags des norddeutschen Bundes i. J. 1870, Bd. I.

Drucksachen des Reichstags. Legislaturperiode II Session 1900/1901.

Stenographischer Bericht der 106. u. 107. Sitzung des Reichstags vom 14. I. 1911.

Bericht der 7. Kommission zur Beratung des Entwurfs eines Gesetzes, betreffend Aenderung des Strafgesetzbuches — No. 6 der Drucksachen 1910.

Grimms Wörterbuch.

§ 1.

**Der Begriff des Diebstahls und der Unterschlagung des geltenden Rechts,** verglichen mit dem des Vorentwurfs.

§ 272 des Vorentwurfs lautet:

„Ist der Diebstahl oder die Unterschlagung an Nahrungs- oder Genussmitteln oder an Gegenständen des wirtschaftlichen Gebrauchs oder Verbrauchs begangen, und hat der Täter aus Not oder zur Befriedigung eines Gelüstes gehandelt, so ist er, wenn die Sachen nur von geringem Werte waren, wegen Entwendung mit Geldstrafe bis zu eintausend Mark oder mit Haft oder Gefängnis bis zu sechs Monaten zu bestrafen; in besonders leichten Fällen (§ 83) kann von Strafe abgesehen werden.

Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein. Der Antrag kann zurückgenommen werden."

§ 272 setzt also voraus, dass ein Diebstahl oder eine Unterschlagung begangen wurde. Es ist daher zunächst unsere Aufgabe zu untersuchen, inwiefern der Diebstahls- und Unterschlagungsbegriff des Vorentwurfs sich mit dem des geltenden Rechtes deckt und inwiefern er davon abweicht.

1. Der Diebstahlsbegriff

des geltenden Rechts verglichen mit dem des Vorentwurfs.

§ 242 Str.-G.-B. bedroht wegen Diebstahls den mit Strafe „der eine fremde bewegliche Sache einem Andern in der Absicht wegnimmt, dieselbe sich rechtswidrig zuzueignen."

Nach § 269 Vorentwurfs macht sich des Diebstahls schuldig, „wer eine fremde bewegliche Sache aus dem

Gewahrsam eines andern wegnimmt, um sie sich rechtswidrig anzueignen."

§ 242 wird in Literatur und Rechtssprechung einhellig dahin interpetiert, dass Diebstahl nur an einer in fremden Gewahrsam stehenden Sache begangen werden kann, weil das Erfordernis des Gewahrsams, wenn es auch im Gesetz nicht ausdrücklich aufgestellt sei, daraus folge, dass die Handlung in einem Wegnehmen besteht. Unter Gewahrsam wird das tatsächliche Herrschaftsverhältnis einer Person über eine Sache verstanden, vermöge dessen die Sache der Person derart zugänglich ist, dass diese Ihren Herrschaftswillen zu betätigen vermag.

Der Begriff des Gewahrsams ist somit ein spezifisch strafrechtlicher und fällt nicht mit dem Besitze im Sinne des bürgerlichen Rechts zusammen.

§ 269 Vorentwurf enthält daher keine materielle Abweichung, nur der Wortlaut ist geändert entsprechend dem Bestreben nach klarer und umfassender Formulierung der Tatbestände.

Die Schöpfer des Vorentwurfs standen bei der Abfassung des § 269 vor der Frage, ob es sich nicht jetzt, nachdem das Besitzrecht durch das bürgerliche Gesetzbuch für das ganze Reich umfassend und einheitlich geregelt worden war, mehr empfehle, von dem Besitzbegriff des Civilrechts auch hier auszugehen und für den Tatbestand des Diebstahls zu fordern, dass der andere dem weggenommen wird, Besitzer gewesen sein müsse. (Begründung S. 734).

Mit Recht hat es der Vorentwurf vermieden den Besitzbegriff des bürgerlichen Gesetzbuches als Tatbestandsmerkmal des Diebstahls aufzunehmen. Denn der Begriff des Besitzes nach dem Civilrecht ist viel zu umfangreich, um im Strafgesetzbuch Verwendung finden zu können. Es wäre zu weitgehend, wenn man den

Besitzherrn — § 855 B. G. B. —, den mittelbaren Besitzer — § 868 l. c. die die Herrschaft über die Sache tatsächlich nicht ausüben, und den Erben (§ 857 l. c.), der vielleicht nicht einmal Kenntnis von dem Erbanfall hat, mit dem Gewahrsaminhaber auf eine Stufe stellen würde, da doch die Erstgenannten an der Sache nur einen rechlichen Besitz, nicht aber über sie die tätsächliche Herrschaft haben.

Der Vorentwurf hat es daher vorgezogen, im Anschluss an § 213 des braunschweig. Str.-G.-B. und an Art. 271 des bayer. Str.-G.-B. v. 1861 das Verhältnis zwischen Sache und Inhaber klar zum Ausdruck zu bringen durch die Wendung „aus dem Gewahrsam eines andern wegnimmt."

Nur eine Ausdehnung erfährt der § 269 Vorentwurf gegenüber dem § 242 Str.-G.-B. durch die Fiktion des § 12 Ziff. 5 Vorentwurfs, nach der unter einer beweglichen Sache auch die in einer elektrischen Anlage oder Einrichtung enthaltene Energie zu verstehen ist.

Durch diese ebenso glückliche wie einfache Lösung würde das Sondergesetz vom 9. April 1900 (R. G. Bl. S. 228) betr. die Bestrafung der Entziehung der elektrischen Arbeit, dessen Zweckmässigkeit vielfach bestritten wird, beseitigt.

Abweichend von § 242 Str.-G.-B. droht der Vorentwurf in § 269 schon für den einfachen Diebstahl in besonders schweren Fällen Zuchthausstrafe an, während anderseits der Richter beim Vorhandensein besonders milder Fälle weder an das Strafmass noch an die Strafart des § 269 Vorentwurfs gebunden ist, sondern statt auf Freiheitsstrafe auch auf Geldstrafe, ja sogar auf Verweis erkennen darf. (cf. §§ 88 37 Vorentwurfs).

2. Der Unterschlagungsbegriff

des geltenden Rechts verglichen mit dem des Vorentwurfs.

Eine wesentliche Aenderung hat die Definition der Unterschlagung durch den Vorentwurf erfahren.

§ 246 Str.-G.-B. bedroht mit Strafe den, der eine fremde bewegliche Sache, die er in Besitz oder Gewahrsam hat, sich rechtswidrig zueignet.

§ 271 Vorentwurfs hat zur Voraussetzung die rechtswidrige Zueignung einer fremden beweglichen Sache, „die sich nicht in Gewahrsam eines andern befindet."

§ 271 Vorentwurfs enthält die weitere Fassung. Denn nach ihm genügt es, wenn sich die Sache nicht in Gewahrsam eines Andern befindet, während nach § 246 Str.-G.-B. die Sache gerade in Gewahrsam des Täters sein muss. Der Grund zu dieser wesentlichen Aenderung ist in der Tatsache zu suchen, dass im geltenden Rechte eine Lücke besteht. Denn während § 242 Str.-G.-B. den, der die in Gewahrsam eines Andern befindlichen Sachen wegnimmt, mit Strafe bedroht, und § 246 Str.-G.-B. denjenigen, der sich die in eigenem Besitz oder Gewahrsam befindlichen Sachen zueignet, muss nach geltendem Recht derjenige straflos bleiben, der sich an Sachen vergreift, die zwar fremd sind, sich aber in keinem Gewahrsam befinden.

(Vergl. R. E. Bd. 19, S. 38)
Harburger Bd. 6, S. 636 u. S. 374.
Biding Lehrbuch Bd. 1, S. 275.
Olshausen § 245 Anm. 8a.
Begründung S. 744.

Ferner macht, wie die Begründung S. 744 mit Recht ausführt, die Fassung des § 271 V. E. eine Sondervorschrift über eine als Diebstahl zu behandelde Fundunterschlagung entbehrlich, welches Vergehen vorliegen sollte, wenn in dem Finder der Wille der Zueignung vorhanden ist, ehe er die Sache an sich nimmt. Da aber hier das für den Diebstahl charakteristische

Moment der Wegnahme aus fremden Gewahrsame fehlt, so liegt kein Anlass vor, die Anwendung des § 271 auszuschliessen und die Strafe des Diebstahls eintreten zu lassen.

Abs. 2 des § 271 des Vorentwurfs beseitigt ebenfalls, wie beiläufig bemerkt sei, einen Mangel des geltenden Rechts, indem er als Strafmaximum eine Zuchthausstrafe von 5 Jahren festsetzt, während die Höchststrafe des § 246 R.-Str.-G.-B. Gefängnis von derselben Dauer ist. Diese reformatio in peins wird als eine notwendige Neuerung zu begrüssen sein. Denn so oft ein Bankkassier, der in gewissenlosester Weise die Sparpfennige armer Näherinnen vergeudet und die Existenzen schuldloser Kaufleute und Handwerker vernichtet hatte, vor den Schranken des Gerichts stand, wurden aus dem Kreise des Volkes und den Reihen der Richter Aeusserungen des Bedauerns darüber laut, dass als höchst zulässige Sühne für derartige gemeingefährliche Unterschlagungen nur eine Strafe von fünf Jahren ausgesprochen werden konnte.

§ 271 Vorentwurfs leidet zweifellos an dem Mangel, dass er Fälle von recht verschiedener Strafwürdigkeit umfasst, denn er reicht von der mildesten Fundunterschlagung bis zur schwersten Veruntreuung. Aber dennoch kann der Vorschlag Harburgers, (vergl. Darstellung Bd. VI, S. 374) drei verschiedene Tatbestände:

1. der Fundunterschlagung
2. der einfachen Unterschlagung
3. der Veruntreuung

aufzustellen, meines Erachtens nicht gebilligt werden, weil dadurch die Grundprincipien, von denen sich die Schöpfer des Vorentwurfs leiten liessen, nämlich grösstmöglichste Vereinfachung der Tatbestände und weitgehende Einräumung des richterlichen Ermessens, durchbrochen würden und weil es ausserdem über allem

Zweifel erhaben ist, dass es unsern deutschen Gerichten gelingen wird, die verschiedenartigen Fälle der Unterschlagung zu individualisieren und der ratio legis entsprechende Strafen zu verhängen.

§ 2.

**Der Begriff des Mundraubs im geltenden Recht.**

Wegen Mundraub wird gem. § 370 Ziff. 5 Str.-G.-B. bestraft, wer Nahrungs- oder Genussmittel von unbedeutendem Werte oder in geringer Menge zum alsbaldigen Verbrauch entwendet.

Zunächst ist die viel bestrittene Frage zu entscheiden: Ist der Mundraub ein besonderer Fall des Diebstahls oder ein eigenartiges selbständiges Delikt?

Berner Lehrbuch S. 507 hält die Entwendung für einen milderen Namen für Diebstahl.

Olshausen Kommentar Anm. zu 370 Ziff. 5a steht auf demselben Standpunkt, indem er ausführt „Nach der Entstehungsgeschichte der entsprechenden Vorschrift des preussischen Strafgesetzbuches § 349 Ziff. 3 „wer ohne gesetzlich erschwerende Umstände des Diebstahls Früchte etc. entwendet", welche in der Hauptsache in das Strafgesetzbuch übergegangen ist, muss angenommen werden, dass mit jenem Ausdrucke der volle Tatbestand des Diebstahls in subjektiver und objektiver Beziehung hat bezeichnet werden sollen; ein begrifflicher Unterschied besteht nicht, namentlich auch nicht hinsichtlich des dolus, vielmehr liegt die Eigenart der Entwendung gegenüber dem gemeinen Diebstahlbegriff lediglich in der Qualität bezw. in der Quantität oder in dem Werke des Objekts etc., also in Umständen, welche mit den Tatbestandsmerkmalen des gemeinen Rechts in keinem Punkte in Widerspruch stehen."

Frank Kommentar S. 622, V. und Oppenhoff Kommentar S. 750, halten ebenfalls den Mundraub für einen leichten (privilegierten) Fall des Diebstahls.

Auch das Reichsgericht folgt dieser Ansicht. So hat es in Bd. 6 S. 327 ausgesprochen:

„dem Wesen nach erfordert § 370 Ziff. 5 alle Begriffsmerkmale des Vergehens aus § 242, ist Diebstahl und zur Unterscheidung von dem gewöhnlichen Diebstahl nur anders und zwar Entwendung genannt." Und in Bd. 5 S. 405: „Der sogenannte Mundraub erfordert den vollständigen Tatbestand des gemeinen Diebstahls in objektiver und subjektiver Beziehung". Aehnlich R. E. Band 3 S. 423, Bd. 12 S. 8, Bd. 14 S. 312, Bd. 17 S. 332.

Im Gegensatz hiezu nehmen wir mit Harburger (vergl. Darstellung Bd. VI, S. 300) und Meyer-Allfeld (Lehrbuch S. 464) an, dass der Mundraub des geltenden Rechts ein Sonderdelikt ist. Und zwar ergibt sich dies einmal aus der geschichtlichen Entwikelung.

Vergl. Darstellung Bd. VI, S. 297.

Nach germanischem Recht machte sich der arme Mann keines Diebstahls schuldig, der keine Arbeit finden konnte und, um seinen und der Seinigen Hunger zu stillen, Lebensmittel heimlich entwendete. Eine ähnliche Bestimmung enthielt das kanonische Recht (Can. 26. de consecr. D. 5) und C. C. C. Art. 166. Das allgemeine Landrecht (II. 20. § 1115) ordnete nur polizeiliche Untersuchung bei Entwendungen von Esswaren und Getränken zu eigenem Gebrauch des Entwenders an. Auch nach der bayer. Vdg. vom 25. Mai 1816 Art. V. sind Entwendungen, welche von Hausgesinde oder von Verwanden aus blosser Lüsternheit an Ess- und Trinkwaren begangen werden, nur polizeilich zu strafen.

Von alters her war also der Mundraub vom Diebstahl getrennt und als eine von diesen völlig verschiedene Straftat aufgefasst worden.

Aber auch die Stellung des § 370 Ziff. 5 spricht für unsere Ansicht. Warum spricht Ziff. 2 und Ziffer 6

des Art. 370 von einem „wegnehmen", warum wählte der Gesetzgeber aber bei Ziffer 5 den Ausdruck „entwenden"? Doch sicherlich, um den Ausdruck, den er als Tatbestandsmerkmal des Diebstahls gewählt hatte, zu vermeiden und dadurch die Qualität der „Entwendung" als Sonderdelikt gegenüber dem Diebstahl zu kennzeichnen.

Weiter müssen wir, wenn wir annehmen, dass Mundraub privilegierter Diebstahl ist, Abs. II Ziff. 5 des § 370 für überflüssig erklären. Denn einer besonderen Bestimmung hätte es für den Mundraub nicht mehr bedurft, weil der Gesetzgeber bereits in § 247 Abs. II, den Familiendiebstahl für straflos erklärt hat. Dass der Gesetzgeber durch den Abs. II Ziff. 5 § 370 eine unnötige Bestimmung getroffen hat ist nicht anzunehmen, vielmehr geht aus der wörtlichen Uebernahme des Abs. II. § 247 in Ziff. 5 § 370 hervor, dass der Gesetzgeber den Mundraub nicht für einen privilegierten Fall des Diebstahls, sondern für ein Sonderdelikt gehalten hat. (cf. auch Dr. Friedländer Zeitschrift Bd. XI. S. 396.)

Wie ist nun nach dem Rechte des Vorentwurfs die Frage über die juristische Natur des Mundraubs bezw. der Entwendung zu entscheiden?

Meines Erachtens räumt der Vorentwurf mit der Sonderstellung des Mundraubs auf und stempelt ihn zu einem privilegierten Diebstahl bezw. zu einer privilegierten Unterschlagung, und zwar sprechen für diese Ansicht folgende Gründe.

1. Die Stellung der Bestimmung im Vorentwurf.

Wie wir oben ausgeführt, war der Mundraub von jeher vom Diebstahl getrennt und an dieser Trennung hat auch das geltende Strafgesetzbuch festgehalten. Der Vorentwurf bricht mit der räumlichen Trennung und behandelt die „Entwendung" in demselben Abschnitt

wie den Diebstahl und die Unterschlagung (vergl. Abschn. 22 des V. E.)

2. Der Wortlaut des § 272 V. E.

Während § 370 Ziff. 5 Str.-G.-B. vermeidet, nur das Tatbestandsmerkmal des Diebstahls „wegnehmen" anzuwenden, setzt § 272 V. E. ausdrücklich voraus, dass ein Diebstahl bezw. eine Unterschlagung begangen worden ist, dass also die Tatbestandsmerkmale dieser beiden Vergehen gegeben sind.

3. Die Begründung des Vorentwurfs.

Dass die Schöpfer des Vorentwurfs mit § 272 V. E. kein Sonderdelikt schaffen wollten, sondern einen privilegierten Diebstahl bezw. eine privilegierte Unterschlagung, geht aus der Begründung hervor S. 750: „Um auch sprachlich zum Ausdruck zu bringen, dass es sich im Falle des § 272 um ein milderes Eigentumsvergehen handelt, bezeichnet der Entwurf dieses als Entwendung, die hier auch die Unterschlagungen mitbegreift."

Die Fassung des § 273 V. E. in dem die „Entwendung" ausdrücklich neben dem Diebstahl aufgeführt ist, dürfte nicht gegen die hier vertretene Ansicht sprechen. Denn würde in § 273 die „Entwendung" nicht ausdrücklich genannt sein, so hätten immerhin Zweifel entstehen können, ob der Gesetzgeber auch die Entwendung unter den § 273 hätte subsummieren wollen. Eine Bestimmung zu schaffen, die zu verschiedener Auslegung führen konnte, hätte aber nicht dem Prinzipe: Klarheit der Tatbestände, entsprochen.

§ 3.

**Die Entwendung des § 272 Vorentwurfs verglichen mit dem Diebstahl des geltenden Rechts.**

In § 242 R.-Str.-G.-B. ist in Anlehnung an das preussische Strafgesetzbuch der Grundsatz enthalten, dass die Strafen gegen Diebstahl ohne Rücksicht auf

den Wert des Gestohlenen angedroht werden müssen. Dem richterlichen Ermessen bleibt es dabei überlassen, den höheren oder niedrigeren Wert als Strafzumessungsgrund zu würdigen.

Dieser Standpunkt wird in den Motiven zum Reichsstrafgesetzbuch (Sammlung sämtlicher Drucksachen. 1870 Bd. I. Beilage zu No. 5. S. 120) unter anderm damit begründet, dass die gesetzliche Abstufung der Strafe nach dem Werte nicht selten in dem Grade der Verschuldung des Diebes selbst keine Unterstützung findet, vielmehr die Werthöhe von vielen Zufälligkeiten abhängig ist, die ausser dieser Verschuldung liegen, und bei Berechnung des Wertes gestohlener Sachen erhebliche Streitfragen auftauchen, die eine sichere Anwendung des Gesetzes gefährden.

Dieser von dem geltenden Strafrecht in § 242 St.-G.-B. vertretene Grundsatz von der Wesensgleichheit aller Diebstähle ist von dem Vorentwurf aufgegeben in § 272, der bei — unter gewissen Voraussetzungen, an bestimmten Gegenständen — begangenen Diebstählen eine ausserordentlich milde Beurteilung zulässt. Und zwar knüpft § 272 Vorentwurfs an die Theorie vom grossen und kleinen Diebstahl an, welche früher besonders in Deutschland geherrscht hat. (Begründung S. 748 und Harburger 6. S. 285)

Schon im ältesten germanischen Recht finden wir die Einteilung in grossen und kleinen Diebstahl.

Nach der C. C. C. Art. 157 sollte beim Mangel erschwerender Umstände der Diebstahl unter fünf Gulden Wert nur als geringer Diebstahl angesehen werden und der Richter den Dieb nur dazu anhalten, dem Beschädigten eine doppelte Busse zu entrichten.

§ 1124. II. 20. A. L. R. droht ein Strafmaximum von 4 Wochen an und nur polizeiliche Untersuchung, wenn der Wert des Entwendeten fünf Taler oder weniger beträgt.

Eine polizeiliche Bestrafung hatte auch nach dem bayerischen Strafgesetzbuch von 1813 Art. 380 bei einfachem ersten Diebstahl und nach der Verordnung von 1816 Art. V. bei jedem einfachen Diebstahl stattzufinden, wenn der Wert der gestohlenen Sache fünf Gulden oder weniger betrug.

Eine ähnliche Bestimmung enthielt das Braunschweiger, das Hannoversche und das Sächsische Strafgesetzbuch.

Nach dem bayer. Strafgesetzbuch v. 1861 Art. 283 bildete der einfache Diebstahl unter zehn Gulden Wert nur eine mit Arrest bedrohte Übertretung.

Auf dem Boden dieser aus all diesen aufgezählten Bestimmungen hervorleuchtenden Theorie vom grossen und kleinen Diebstahl steht auch der § 272 des Vorentwurfs und unterscheidet sich in dieser Beziehung grundlegend von dem den Grundsatz der Wesensgleichheit aller Diebstähle vertretenden § 242 des geltenden Rechts.

Über die praktischen Folgen, die diese Abweichung vom geltenden Rechte nach sich zieht, wird unten gehandelt.

§ 4.

**Die Entwendung des § 272 Vorentwurfs verglichen mit dem Mundraub des geltenden Rechts.**

1. Der Umfang des § 370 Ziff. 5. Str.-G.-B. erfuhr in § 272 Vorentwurfs eine Erweiterung, denn

a. einmal wird wegen Entwendung auch der mit Strafe bedroht, der eine Unterschlagung an Nahrungs- oder Genussmitteln etc. begeht.

Wie über die Frage der Qualität des Mundraubes Einigkeit nicht besteht, so herrscht auch ein beharrlicher Streit über die Frage, ob § 370 Ziff. 5 R.-Str.-G.-B. auf die Fälle der Unterschlagung Anwendung finden könne.

Olshausen Kommentar § 370 No. 5a stellt zunächst fest, dass mit Rücksicht auf die Androhung der geringfügigen Übertretungsstrafe die Entwendung als ein privilegierter Diebstahl erscheine und dass die besonderen Verhältnisse einen strafmindernden Umstand im Sinne der Str.-Pr.-O. §§ 262, 256, 295 bilden. Handelt es sich aber um eine Privilegierung, folgert Olshausen weiter, so würde es widersinnig sein, die gegenüber dem Diebstahl gegebene Ausnahmevorschrift nicht auch gegenüber dem — durch Wegfall des Moments der Wegnahme — einfacheren Tatbestand der Unterschlagung Anwendung finden zu lassen. Gerade der vom Gesetzgeber gewählte Ausdruck „Entwendung" ermöglicht dieselbe.

Frank Kommentar S. 622 schliesst dasselbe aus dem indifferenten Ausdruck „entwenden", der sich ebenso auf die Zueignung ohne Wegnahme beziehe. Es sei auch nicht abzusehen, weshalb der Gewahrsam des Täters, der doch sonst eine strafmildernde Wirkung ausübe, hier plötzlich die entgegengesetzte Folge nach sich ziehen sollte, um so weniger, als die Verlockung gerade dann sehr nahe liege, wenn dem Täter die Sache ohnehin leicht zugänglich sei.

Auch Meyer Allfred Lehrbuch S. 464 versteht unter Entwendung nicht nur die Zueignung durch Wegnahme, sondern auch den Fall der Unterschlagung. Ebenso Binding Lehrbuch Band 1 S. 307, 308 und v. Liszt § 129. VII.

Der entgegengesetzten Ansicht ist Oppenhoff Kommentar § 370, Anm. 17. „Zweck der No. 5 ist, die durch ein augenblickliches Bedürfnis oder Gelüste hervorgerufenen geringfügigen Diebstähle, den sogenannten Mundraub, milder zu bestrafen. Entwendung ist sonach gleichbedeutend mit „Diebstahl" der vollständige Tatbestand eines solchen wird vorausgesetzt. Selbst der

Vorsatz ist bei beiden Straftaten kein relativ verschiedener. Somit No. 5 auf Unterschlagung keine Anwendung".

Das Reichsgericht hat zu dieser Frage in seiner Entscheidung vom 7. März 1893 R. E. Bd. 24 S. 38, für die auch von Oppenhoff vertretene Ansicht Stellung genommen.

Die Auffassung, dass der Ausdruck Entwenden auch den Missbrauch des erlangten Gewahrsams zum Zwecke der Aneignung fremder Sachen umfasse, sei weder mit dem gewöhnlichen, noch mit dem juristischen Sprachgebrauch vereinbar. Auch eine einmalige Ausdehnung auf Fälle der Unterschlagung sei undenkbar, denn § 370 Ziff. 5 enthalte eine Ausnahme von der Regel der §§ 242, 243 Str.-G.-B. und schon aus diesem Grunde sei eine Ausdehnung auf verwandte Delikte bedenklich. Ferner sei in § 247 eine Zusammenfassung der Fälle gegeben, in welchen Diebstahl und Unterschlagung gleich behandelt werden sollten. Daraus folge, dass im Uebrigen eine gleiche Behandlung nicht statthaben soll. Der Grund, welcher zu einer Privilegierung des Diebstahls in den Fällen des § 370 Ziff. 5 geführt habe, könne im gleichen Masse für die Fälle der Unterschlagung nicht Platz greifen; denn das Gesetz schliesse für die Fälle des Mundraubs die Diebstahlsstrafen aus, weil ihre Anwendung sich als unangemessen und unötige Härte darstellen würde. Die Strafe der Unterschlagung sei aber im Höchstmasse der Regel nach geringer, als die des einfachen Diebstahls. Vor allem aber käme in Betracht, dass § 246 Abs. II. Str.-G.-B., wenn bei der Unterschlagung mildernde Umstände vorliegen, Geldstrafen bis zu 3 Mk. herab zulasse. Damit sei eine Berücksichtigung der in § 370 Ziff. 5 vorgesehenen Umstände bei Bestrafung der Unterschlagung ohnehin gesichert.

Endlich führt das Reichsgericht die Entstehungsgeschichte des § 370 Ziff. 5 Str.-G.-B. an.

Der revidierte Entwurf des Str.-G.-B. für die preuss. Staaten vom Jahre 1845 bedrohte in § 263 mit Strafe den, der Esswaren etc. entwendet oder unterschlägt.

Der Entwurf v. J. 1847 privilegierte in ähnlicher Weise den der „entwendet oder unterschlägt."

Der Entwurf von 1851 § 349 No. 3 lautet aber „wer entwendet und auf der Stelle verzehrt".

Wenn schon, schliesst das Reichsgericht, die Beseitigung der Fälle der Unterschlagung in den Motiven nicht erörtert wird, so lässt sich doch nicht bezweifeln, dass die Beseitigung des Wortes „unterschlägt" nicht bloss aus redaktionellen Gründen, sondern weil man nur die fraglichen Fälle der Entwendung d. h. des Diebstahls, privilegieren wollte, erfolgt ist.

Diesen Standpunkt hat auch das Reichsstrafgesetzbuch — Motive Seite 151, die nur andere Abweichungen vom preussischen Strafgesetzbuch erörtern — festgehalten, während in andern Strafgesetzen so z. B. in dem auf den sog. Mundraub bezügl. Art. 303 des sächsischen Strafgesetzbuchs neben der Entwendung auch die Unterschlagung erwähnt ist.

Wenn wir zu den einzelnen Punkten dieser Entscheidung Stellung nehmen, so ist zunächst zwar richtig, dass nach allgemeinem Sprachgebrauch der Ausdruck „entwenden" gleichbedeutend ist mit „entfernen, entfragen, wegnehmen, nehmen". (Vergl. Grimms Wörterbuch.) Es ist jedoch nicht unbedenklich, zur Begründung des Begriffs eines Tatbestandsmerkmals den gewöhnlichen Sprachgebrauch heranzuziehen, denn der Laie gebraucht juristische Begriffswerte häufig an falscher Stelle. — Er nennt Totschläger Mörder, den Landesverräter Hochverräter usw. —

Unbegründet ist auch die Behauptung, es sei mit dem Juristischen Sprachgebrauch unvereinbar, unter dem Ausdruck Entwendung auch die Unterschlagung zu verstehen.

Die Ausführungen Olshausens, Franks, Allfelds belehren uns vielmehr, dass in Bezug auf den Ausdruck Entwendung der juristische Sprachgebrauch keineswegs ein einheitlicher ist.

Überzeugender sind die Ausführungen, dass zu einer Ausnahmebestimmung von § 246 Str.-G.-B. kein Bedürfnis bestand. Denn § 246 Abs. II. Str.-G.-B. lässt schon eine so milde Strafe zu, dass harte und unangemessene Urteile bei Unterschlagung von Nahrungs- und Genussmitteln gar nicht zu befürchten waren.

Durchschlagend begründet ist jedoch der Standpunkt des Reichsgerichts durch den Hinweis auf die Entstehungsgeschichte. Jedoch wäre meines Erachtens der Schwerpunkt der Begründung auf eine andere Stelle zu verlegen, wie kurz dargelegt sei.

In den Motiven zum geltenden Strafgesetzbuch wird zur Begründung des § 370 Ziff. 5 (§ 366 No. 3 des Entwurfs) auf die Bestimmungen des preussischen Strafgesetzbuchs Bezug genommen. (Sammlung der Drucksachen. 1870 zu No. 5 S. 151. „Der Entwurf wiederholt hier in der Hauptsache die Bestimmungen der §§ 348, 349 des preussischen Strafgesetzbuches".)

Im Entwurf von 1847 zu einem preussischen Strafgesetzbuch war der Begriff „Mundraub" enthalten in § 279: „Wenn bei der Entwendung von geringfügigen Gegenständen z. B. von Esswaren, Getränken, Garten- oder Feldfrüchten aus den Umständen erhellt, dass die Handlung nicht in der Absicht eines unredlichen Gewinnes geschehen ist usw." Diesem Paragraph wurde in § 349 No. 3 des preussischen Strafgesetzbuchs die Form gegeben:

„Wer ohne gesetzlich erschwerende Umstände des Diebstahls, Früchte, Esswaren oder Getränke entwendet und auf der Stelle verzehrt".

Und in § 366 Ziff. 3 des Entwurfs zum geltenden Strafgesetzbuch heisst es in ähnlicher Weise:

„Wer Nahrungs- und Genussmittel usw. zum alsbaldigen Verbrauch entwendet."

Die Frage, ob sich der § 349 No. 3 des preussischen Strafgesetzbuches auch auf Unterschlagung erstrecke, wurde während der ganzen Geltungsdauer dieses Strafrechts weder in der Rechtssprechung noch in der Wissenschaft aufgeworfen. Die bedeutendsten Kommentaren des preuss. Strafgesetzbuchs Beseler und Oppenhoff erwähnen die Unterschlagung mit keinem Wort. (Harburger VI. S. 298. Fussnote 1.)

Hätte der Schöpfer unseres Strafgesetzbuches die Absicht gehabt, den Begriff Entwendung auch auf die Unterschlagung auszudehnen, dann hätte er nicht den § 366 Ziff. 3 des Entwurfs, zu dessen Begründung in den Motiven einfach auf die Bestimmungen des preussischen Strafgesetzbuchs verwiesen ist, übernehmen dürfen, sondern er hätte vielmehr um eine Abweichung vom preussischen Strafrecht zum Ausdruck zu bringen, die Fassung des § 263 des revid. Entwurfs zu einem Strafgesetzbuch für die preuss. Staaten v. J. 1845 wählen müssen:

„wer entwendet oder unterschlägt."

Obwohl meines Erachtens aus diesem letzteren Grunde der Ansicht des Reichsgerichts beizupflichten ist, kann nicht verkannt werden, dass auch die Gegner dieser Auffassung sehr gewichtige Gründe ins Feld führen für ihre Ansicht, Entwendung umfasse auch Unterschlagung.

Es ist daher zu begrüssen, dass durch § 272 Vorentwurfs diesem beharrlichen Streit ein Ziel gesetzt

wird. § 272 lässt den Ausdruck „entwenden" als Tatbestandsmerkmal überhaupt fallen, kehrt in einem gewissen Sinne zu der Definition des § 263 des Entwurfs vom Jahre 1845 zurück, wenn er lautet:

„Ist der Diebstahl oder die Unterschlagung usw. begangen," und lässt damit im Gegensatz zur bisherigen Praxis eine Bestrafung wegen Entwendung auch gegen den zu, der eine Unterschlagung an den privilegierten Gegenständen begeht.

Würde § 272 Vorentwurfs Gesetz, dann wäre die einem Gesetze schädliche Unbestimmtheit des § 370 Ziff. 5 Str.-G.-B. beseitigt und ein einfacher klarer Tatbestand geschaffen.

Mit Recht wird diese Ausdehnung auf die Unterschlagung damit begründet, dass bei Unterschlagung die nämlichen Milderungsgründe und Rücksichten, und vielleicht in noch höherem Masse walten könnten wie beim Diebstahl. Zwar wäre bei der Unterschlagung das Bedürfnis nach einer besonderen strafmildernden Vorschrift nicht so gross, weil die ordentliche Strafe bis auf fünf Mark Geldstrafe hinabgehe; es wären aber auch hierher gehörige Fälle denkbar, in denen die Sache anvertraut war, und in denen also nach § 271 Abs. III. wegen Unterschlagung an sich eine strenge Strafe verwirkt wäre.

b. Ferner ist der Kreis der in § 370 Ziff. 5 R.-Str.-G.-B. begünstigten Gegenstände erweitert.

Nach § 370 Ziff. 5 Str.-G.-B. ist lediglich die Entwendung von Nahrungs- und Genussmitteln begünstigt.

Unter Nahrungsmittel sind die der Ernährung des menschlichen Körpers, sei es in fester oder flüssiger Gestalt, dienenden Mittel zu verstehen, die hauptsächlich aus solchen Stoffen zusammengesetzt sind, wie der menschliche Körper selbst, wobei es gleichgültig ist, ob zu deren Geniessbarkeit eine vorherige Zubereitung erforderlich ist.

Unter Genussmittel sind solche Gegenstände zu verstehen, welche dem Körper, gleichgültig auf welchem Wege, zugeführt, dadurch verbraucht werden und durch die Zuführung einen Reiz auf das Nervensystem ausüben.

Eine scharfe Grenze zwischen diesen beiden Begriffen zu ziehen ist unmöglich aber auch praktisch überflüssig, denn eine alternative Feststellung ist bei der Gleichwertigkeit der Merkmale zweifellos zulässig. (Olshausen Bd. II. § 370 Anm. d. zu No 5)

Der Vorentwurf zieht den Kreis der begünstigten Gegenständen weiter und zwar knüpft er in gewisser Beziehung an den Antrag Dr. am Zehnhoff und an die Strafgesetznovelle an.

Der Antrag Dr. am Zehnhoff (Drucksachen der 10. Legislaturperiode) bezweckte, den § 370 Ziff. 5 Str.-G.-B. dahin zu erweitern, dass den Nahrungs- und Genussmitteln, Heil-, Heizungs- und Beleuchtungsmittel gleichgestellt werden sollten.

Nach dem Entwurf der Strafgesetznovelle, deren 2. Lesung am 14. Januar 1911 beendigt wurde, soll die Entwendung ausgedehnt werden auf die Gegenstände des hauswirtschaftlichen Verbrauchs.

Der Vorentwurf geht über den Antrag am Zehnhoff und über den Vorschlag des Entwurfs zur Strafgesetznovelle, der übrigens bei der 2. Lesung die Zustimmung aller Parteien fand, hinaus, indem er ausser Nahrungs- und Genussmittel die Gegenstände des wirtschaftlichen Gebrauchs und Verbrauchs begünstigt wissen will. Als Gegenstände des wirtschaftlichen Verbrauchs kommen hauptsächlich in Betracht: Heizungs- und Beleuchtungsmaterial. In der Tat ist auch kein Grund vorhanden, so führt die Begründung S. 748 mit vollem Recht aus, denjenigen, der im Winter zum Kochen der Mahlzeit oder zur Erwärmung der Wohnung eine kleine Menge Kohlen entwendet, strenger zu behandeln, als denjenigen,

der eine kleine Quantität Fleisch oder Kartoffeln stiehlt, um sich und seiner Familie Nahrung zu schaffen.

Wenn man aber das subjektive Moment ausschlaggebend sein lässt, dann musste man, wie es auch der Vorentwurf getan hat, noch weiter gehen und den Gegenständen des wirtschaftlichen Verbrauchs die Gegenstände des wirtschaftlichen Gebrauchs gleichstellen.

Es kommen daher, vorausgesetzt, dass die übrigen Tatbestandsmerkmale der Entwendung vorhanden sind, neben den Verbrauchsgegenständen wie Heizungs- und Beleuchtungsmaterial — denkbar wäre hier der Fall, dass die Aneignung elektrischer Energie als Entwendung bestraft wird — als Gebrauchsgegenstände beispielsweise in Frage:

Kleidungsstoffe, Schuhe, Schreibmaterial, Toilettegegenstände wie Seife, Schminke etc. da sie dem wirtschaftlichen Gebrauche des Menschen dienen. A. A. scheint die Begründung zu sein S. 748. Auch Heilmittel die weder Nahrungs- noch Genussmittel sind, sind hierher zu rechnen, obgleich deren Gebrauch in der Hauswirtschaft kein regelmässiger, sondern ein anormaler ist. Denn warum soll eine Mutter, die, um ihr in hohem Fieber liegendes Kind von dem Fieber zu befreien, ihrer Dienstherrschaft ein Antipyrinpulver wegnimmt, schwerer bestraft werden als eine Mutter, die für ihr hungerndes Kind Brot entwendet.

Dagegen wird man mit der Begründung S. 748 sich einverstanden erklären müssen, wenn sie fordert, dass der Gebrauch oder Verbrauch der in Frage kommenden Gegenstände einem gegenwärtigen Bedürfnisse genügen müsse, da die vom Entwurf geforderten Beweggründe der Not und des Gelüstes auf andere Sachen kaum jemals zuträfen.

So würde ein Dienstmädchen, das bei Aufräumungsarbeiten im Toilettenzimmer der Herrschaft eine

Schachtel Schminke findet und, einem plötzlich aufsteigenden Gelüst folgend, die Schminke auf ihrem Gesicht aufträgt, nur wegen Entwendung zu bestrafen sein. Würde sie aber die ganze Schachtel mitnehmen, um sie allmählich zu verbrauchen, dann geschah die Aneignung nicht zur Befriedigung eines gegenwärtigen Gelüsts und die Tat wäre als Diebstahl zu qualifizieren.

Die Frage, ob auch Geld zu den privilegierten Gegenständen zu rechnen ist, hat die Begründung nicht gestreift, wahrscheinlich weil man es für ausgeschlossen hielt, dass diese Frage überhaupt aufgeworfen werden könnte. Dr. Mittermaier — cf. — die Reform des Reichsstrafgesetzbuches Bd. II. S. 360 Fussnote 2 — ist anderer Ansicht und zählt zu den Gegenständen des wirtschaftlichen Gebrauchs auch Geld. Meines Erachtens ist diese Auffassung zu weit gehend. Denn das Geld selbst dient nicht zur Befriedigung eines gegenwärtigen Bedürfnisses, sondern es ist höchstens das Mittel, um sich einen solchen Gegenstand zu verschaffen. Der Täter, der sich fremdes Geld aneignet, um sich damit einen Gegenstand zu verschaffen, der ein Gelüst oder Bedürfnis befriedigen soll, handelt schon mit einem gewissen Raffinement und ist derselben milden Beurteilung wie derjenige, der sich diese Gegenstände unmittelbar aneignet, nicht wert.

2. § 272 Vorentwurfs enthält anderseits gegenüber § 370 Ziff 5 Str.-G.-B. eine Einschränkung und Spezialisierung.

a. § 272 Vorentwurfs lässt das Tatbestandsmerkmal des § 370 Ziff. 5 Str.-G.-B. „oder in geringer Menge" fallen.

Nach dem Vorentwurf tritt eine Privilegierung dann ein „wenn die Sachen von geringem Wert waren".

Nach § 370 Ziff. 5 Str.-G.-B. wird vorausgesetzt, dass die begünstigten Gegenstände von geringem Wert

sind oder dass sich die Aneignung nur erstrekt auf eine geringe Menge dieser Gegenstände.

§ 370 Ziff. 5 Str.-G.-B. gibt klar zu erkennen, dass eines von beiden Merkmalen genügt, neben dem geringen Wert also nicht noch das Vorhandensein der geringen Menge erfordert wird. Durch diese alternative Bezeichnung eines dieser Tatbestandsmerkmale hat der Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht, dass er das grössere Gewicht auf die subjektive Seite legt, während der Vorentwurf die objektive Schwere der Tat entscheiden lässt.

Begründet wird diese Abweichung vom geltenden Recht damit: „das im jetzigen § 370 No. 5 enthaltene Merkmal der geringen Menge ist nicht übernommen, da es mit der objektiven Schwere der Tat an sich nichts zu tun hat", Begründung S. 748 und weiter:

„Die Berücksichtigung der Motive, Not oder Gelüst, darf selbstverständlich nicht so weit führen, auch Taten objektiv schwerer Art mild zu bestrafen. Das Gesetz würde alsdann eine Schwäche zeigen, die mit der Rücksicht auf die Generalprävention nicht zu vereinigen wäre.

Solche Taten schwerer Art liegen vor, wenn der Gegenstand des Diebstahls ein erheblicher ist." Begründung S. 747, 748.

Meines Erachtens ist diese Abweichung vom geltenden Recht kein Fortschritt. Denn ganz abgesehen davon, dass lange Jahre vergehen werden, bis sich ein feststehender Begriff des „geringen Werts" gebildet haben wird — es würden sich Streitfragen ergeben hauptsächlich darüber, ob der „geringe Wert" absolut zu bemessen ist, ob die Verhältnisse des Entwenders oder des Bestohlenen bei der Bewertung des Gegenstands in Betracht gezogen werden sollen usw. — abgesehen davon, dass damit von vornherein ein unsicherer Rechtszustand geschaffen wäre, ist diese Neuregelung zu verwerfen aus folgenden Gründen:

Die ration legis geht darauf hinaus, dass der Täter, der aus Not oder zur Befriedigung eines Gelüstes sich an bestimmten Gegenständen vergreift, nicht auf dieselbe Stufe gestellt werden soll wie der gemeine Dieb. Meines Erachtens wäre es ein Unrecht, einen Täter, der, nur an der Stillung seines Heisshungers denkend, zufällig ein Stück teuere Gänseleberpastete erwischt, über dessen Wert er sich überhaupt keine Gedanken macht, wegen Diebstahls zu bestrafen, während sich derjenige, der die gleiche Portion billiger Wurst sich aneignet nur wegen Entwendung zu verantworten hätte. Soll die Tat einer Mutter, die, um ihr frierendes Kind zu schützen, ein Stück Stoff sich aneignet, das zufällig einen hohen Wert besitzt, als Diebstahl beurteilt werden, als Entwendung aber dann, wenn der Stoff geringe Ware ist? Das würde nicht dem allgemeinen Rechtsempfinden entsprechen. Auch hier muss das subjektive Moment entscheidend sein, auch hier muss der verbrecherische Wille des Täters für die Qualifikation der Tat ausschlaggebend sein. Regelmässig wird aber der aus Not oder zur Befriedigung eines Gelüstes Handelnde sich überhaupt keine Gedanken über den Wert des Gegenstandes seiner Tat machen. Er hat keine Zeit zur Ueberlegung, er ist sich der Schwere der Tat nicht bewusst und deshalb darf sie ihm auch in diesem Falle nicht ganz angerechnet werden. Die Begründung S. 747 bezeichnet ja selbst die beiden Motive Not und Gelüste als solche, „die auf den Menschen mit der Kraft eines starken und unmittelbaren Anreizes wirken, so dass die Gegenmotive nur unvollkommen zur Geltung gelangen können".

Die Motive zum geltenden Strafgesetzbuch — Sammlung sämtlicher Drucksachen des Reichstags des norddeutschen Bundes 1870 I. S. 151 — führen mit Recht aus, dass auch der Fall mit aufzunehmen sei,

„in dem derartige Gegenstände in geringer Menge entwendet worden sind, zumal es wohl vorkommen kann, dass der Täter sich über den Wert derselben irrt und ihn keineswegs für so bedeutend hält, als es wirklich der Fall ist."

Es könnte mir nun die Frage entgegen gehalten werden, ob etwa auch die Wegnahme eines Brillantringes unter § 272 V. E. fallen solle?

Darauf wäre zu erwidern: Ein Brillantring ist als Schmuckgegenstand zweifellos ein Gegenstand des wirtschaftlichen Gebrauchs. Der Täter, der einen Brillantring wegnimmt, wäre daher ebenfalls nach § 272 zu bestrafen, vorausgesetzt, dass die übrigen Erfordernisse gegeben sind. Nach § 272 muss die Handlung erfolgen aus Not oder zur Befriedigung eines Gelüstes. Wie oben erörtert, trifft aber diese Voraussetzung nur dann zu, wenn der Gebrauch der Sache — hier des Brillantrings — einem gegenwärtigen Bedürfnisse genügt. Ein Beispiel möge zur Erläuterung dienen: Ein Dienstmädchen nimmt der Herrschaft einen Brillantring weg mit der Absicht, sich damit bei irgend einer Gelegenheit zu schmücken und ihn dann wieder an seinen Platz zurück zubringen. Wegen Mangels der Zueignungsabsicht wäre die Tat nicht strafbar.

Erfolgt aber die Wegnahme mit der Absicht, den Ring wiederholt zu tragen, ihn für sich zu behalten, dann müsste Bestrafung wegen Diebstahls erfolgen.

Nun ist aber auch der Fall denkbar, dass das Mädchen, das bereits zum Ausgehen fertig ist, den Brillantring sieht. Plötzlich steigt in dem Mädchen der Gedanke auf: der Schmuck würde dir heute gut stehen. Ohne weitere Überlegung zieht sie den Ring an ihren Finger. Wie sie sich entfernen will wird sie ertappt. Die Wegnahme ist vollzogen, die Absicht, den Ring wieder an seinen Platz zurück zu bringen, fehlt. Nach

der jetzigen Fassung des § 272 wäre es nicht möglich, das Mädchen wegen Entwendung zu bestrafen. Es wäre also einer gemeinen Diebin gleichgestellt. Es ist aber nicht einzusehen, warum in diesem Falle ein anderer Maßstab angelegt werden solle als in jenem, wenn der Schmuckgegenstand nur ein wertloser ist. In beiden Fällen war keine Zeit zur Überlegung, das Mädchen handelte eben auf Grund eines starken und unmittelbaren Anreizes.

Der hier vertretenen Ansicht dürfte um so mehr beizustimmen sein, als § 272 Vorentwurf dem Richter auch die Handhabe gibt, in einem minder leicht gelagerten Fall auf eine empfindliche Gefängnisstrafe zu erkennen.

Es wäre daher zu erstreben, dass § 272 Vorentwurfs dahin ergänzt würde: „wenn es sich um Gegenstände von geringem Werte oder in geringer Menge handelt" oder „wenn die Sachen von geringem Werte waren oder in geringer Menge entwendet wurden."

b. Die Motive zur Tat erfahren in § 272 Vorentwurfs eine Spezialisierung.

Das geltende Recht unterlässt in § 370 Ziff. 5 eine Spezialisierung der Motive und fordert lediglich die Entwendung „zum alsbaldigen Verbrauche".

Zum Begriffe dieses Tatbestandsmerkmals ist auszuführen, dass Übereinstimmung darüber herrscht, dass der Verbrauch nicht sofort und unmittelbar auf der Stelle erfolgen muss, sondern dass Entwendung auch dann vorliegt, wenn der Verbrauch zu Hause und nach der notwendigen Zubereitung erfolgen sollte.

cf. R. E. Bd. 10 S. 640.
Meyer-Allfeld S. 464.
Oppenhoff Note 18 und 19 zu § 370 Str.-G.-B.
Olshausen § 370 No. 5 g.
Frank S. 624.

Auseinander gehen jedoch die Ansichten über die Frage des Vorsatzes. Während Frank Kommentar S. 624 den Standpunkt vertritt, dass es nicht erforderlich ist, dass der Mundraub zur Befriedigung eines augenblicklichen, persönlichen, physisch wirkenden Bedürfnisses oder Gelüstes erfolgen müsse, ist nach Olshausen Kommentar § 370 No. 5 g und nach der R. E. Bd. 10 S. 308 entscheidend, dass der Wille des Täters nur auf Befriedigung eines augenblicklich vorhandenen Bedürfnisses oder Gelüstes gerichtet ist, sodass die Absicht des alsbaldigen Verbrauchs gerade bei der durch das Bedürfnis bezw. das Gelüste hervorgerufenen Tat selbst obwalten muss, während es gleichgültig ist, ob die Absicht später zur Verwirklichung gelangte, insbesondere wegen Grösse der Quantität der Verbrauch in einer Mahlzeit nicht erfolgen konnte.

Dieser letzten Ansicht möchte auch ich mich anschliessen und fordern, dass im Moment der Tat auch das Bedürfniss bestanden haben muss.

Dass Mundraub ausgeschlossen ist bei einer auf Veräusserung, namentlich Verkauf oder Schenkung gerichteten Absicht, darüber herrscht in Litteratur und Praxis Übereinstimmung.

cf. R. E. Bd. 10. S. 308.
Olshausen § 370 No. 5 g
Frank S. 624.

Dagegen besteht Streit über die Frage, ob Mundraub auch vorliegt, wenn ein Anderer als der Täter die Sache verbraucht. Frank Kommentar S 624 führt hiezu aus, dass das Gesetz nicht den beabsichtigten eigenen Verbrauch des Täters fordere. „Wer ein Stück Konfekt entwendet, damit ein anderer es alsbald esse, begeht Mundraub".

Olshausen Kommentar S. 370 g. und das Reichsgericht Bd. 13. S. 371 nehmen an, dass nur dann, wenn der Täter zugleich Andern, wie namentlich seiner Familie

seinen Hausgenossen oder den Teilnehmern an der Tat den blossen Mitgenuss des Entwendeten gestatten bezw. verschaffen, also nicht etwa ein eigenes Verfügungsrecht zufolge Verkaufs oder Verschenkens einräumen will, Mundraub vorliegt.

Ich möchte mich weder auf die eine noch auf die andere Ansicht festlegen, sondern sagen: Wenn der Täter zu demjenigen, dem er den zu entwendenden Gegenstand zukommen lassen will, in so naher Beziehung steht, dass das Gelüste oder die Not dieses Dritten ihn gerade so zur Tat treiben konnte, wie eigene Not oder eignes Gelüste, dann ist er nur wegen Entwendung zu bestrafen.

Zum Beispiel kann für eine Mutter der Hunger des Kindes ein stärkerer Aufreiz zur Wegnahme eines Nahrungsmittels bilden als eigene Not. In diesem Fall würde die Mutter wegen Mundraub zu bestrafen sein.

Wenn dagegen ein Arbeitsscheuer einen wildfremden Metzgerburschen bittet, er möge ihm, damit er seinen Hunger stillen könne, eine Wurst aus dem Laden des Meisters holen, so ist nicht anzunehmen, dass das Gelüste des Fremden für den Burschen den gleichen Anreiz zur Wegnahme bilden konnte wie eigener Hunger. Der Bursche wäre trotz seiner Uneigennützigkeit als Dieb zu bestrafen.

§ 370 Ziff. 5 Str.-G.-B. fordert vom Täter die Absicht, die Sache nach der Entwendung zu verbrauchen. Von einer Spezialisierung der Motive ist abgesehen. Demgegenüber setzt § 272 Vorentwurfs voraus, dass der Täter aus Not, oder zur Befriedigung eines Gelüstes gehandelt hat.

Unter Not ist zu verstehen eine wirtschaftliche Schwäche. — cf. Begründung S. 748, 837 — und zwar eine unverschuldete wirtschaftliche Notlage (Reform des Reichsstrafgesetzbuchs S. 360.)

Dass die zum Notstand gesteigerte Not straflos macht, unterliegt keinem Zweifel. Begründung S. 749.

Was der Vorentwurf unter Gelüste versteht, sagt uns die Begründung nicht. Ich dürfte jedoch nicht fehlgehen mit der Definition: Gelüste ist ein in dem Menschen unvermittelt aufsteigendes Verlangen, sich eine fremde Sache anzueignen, um damit ein augenblickliches Bedürfnis zu befriedigen. Dieses Bedürfnis braucht kein leibliches zu sein. Man denke an die Entwendung einer Zigarre, eines Schmuckgegenstandes, eines Stücks Seife.

§ 272 stellt die beiden Motive auf die gleiche Stufe, die Begründung führt dazu aus S. 747 „Manche Motive wirken auf den Menschen mit der Kraft eines starken und unmittelbaren Anreizes, sodass die Gegenmotive nur unvollkommen zur Geltung gelangen können. Solche Motive sind in erster Linie die Not; daneben aber das im Täter aufsteigende Gelüst."

Es wird in der Praxis oft schwer festzustellen sein, welches Motiv das ausschlaggebende war. Bei der Gleichwertigkeit der Tatbestandsmerkmale ist aber zweifellos eine alternative Feststellung im Urteil als zulässig zu erachten.

Durch diese Spezialisierung der Motive ist nur äusserlich eine Abweichung von § 370 Ziff. 5 Str.-G.-B. eingetreten; denn der dolus des § 370 Ziff. 5 C. c. besteht in der Absicht, die Sache sich anzueignen zum alsbaldigen Verbrauch. Auch hier können nur zwei Motive den Täter zur Tat getrieben haben, Not oder Gelüst, ein anderes Motiv ist nicht denkbar. Es stellt daher in dieser Beziehung § 272 Vorentwurfs nur eine Auslegung des umfassenden Tatbestandsmerkmals „zum alsbaldigen Verbrauch" dar. Bestimmend für die Spezialisierung war sicherlich das den ganzen Vor-

entwurf durchziehende Prinzip, einen möglichst klaren, auch dem Laien verständlichen Tatbestand zu schaffen.

Neben diese Motive noch das Tatbestandsmerkmal des § 370 Ziff. 5 „zum alsbaldigen Verbrauch" zu setzen, wäre überflüssig. Denn § 272 Vorentwurfs kann nicht anders verstanden werden, als dass es nur in Anwendung kommen soll, wenn es sich um Aneignung von Gegenständen zur Befriedigung eines gegenwärtigen Bedürfnisses handelt. Begründung S. 748.

Dennoch wäre auch nach § 272 V. E. ein Ansammeln eines Vorrats von Nahrungs- und Genussmitteln etc. ausgeschlossen, weil hier der Täter bei der Aneignung kein gegenwärtiges Bedürfnis, sondern ein künftiges ins Auge gefasst hatte, was daran zu erkennen ist, dass der Täter mehr nahm, als zur Befriedigung eines augenblicklichen Bedürfnisses nötig war.

Da, wie schon erwähnt, die Motive nur spezialisiert wurden, wären die Fragen, ob Entwendung auch vorliegt, wenn die Tat für einen andern ausgeführt wurde oder wenn der entwendete Gegenstand veräussert werden sollte, in demselben Sinne wie oben auch nach § 272 des Vorentwurfs zu entscheiden.

§ 5.

**Die qualifizierten Fälle des Diebstahls und des Mundraubs des geltenden Rechts verglichen mit den qualifizierten Fällen der Entwendung des Vorentwurfs.**

1. Diebstahl und Entwendung unter erschwerenden Umständen.

a) Bei Entwendung von Nahrungs- und Genussmitteln.

Die Motive-Sammlung sämtlicher Drucksachen des Reichstags des norddeutschen Bundes V. J. 1870 Bd. I S. 151 liessen keinen Zweifel darüber, dass die Entwendungen, wenn sie unter erschwerenden Umständen begangen sind, nur nach den Vorschriften des § 370

Str.-G.-B. zu bestrafen sind Dieser Grundsatz wurde auch in den Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 14 S. 313 und des Oberlandesgerichts Münden, Band 1 S. 126 und in der gesamten Literatur anerkannt.

Auch nach dem Vorentwurf sind Entwendungen von Nahrungs- und Genussmittel selbst wenn sie unter erschwerenden Umständen begangen sind, nur nach § 272 E. V. zu bestrafen — wobei Realkonkurrenz von Sachbeschädigung und Hausfriedensbruch denkbar ist. Denn würde es in der Absicht der Schöpfer des Vorentwurfes liegen, den § 272 V. E. nicht auf die qualifizierten Fälle des Diebstahls und der Unterschlagung auszudehnen, so hätten sie dem § 272 V. E. eine andere Fassung geben müssen. „Ist der Diebstahl oder die Unterschlagung usw. begangen" lautet § 272. Unter Begriff Diebstahl und Unterschlagung fällt aber zweifellos auch der qualifizierte Diebstahl und die qualifizierte Unterschlagung.

Die Begründung schweigt und scheint die hier vertretene Auffassung für selbstverständlich zu halten. Denn hätte der Vorentwurf die Anwendung des § 272 bei erschwerten Fällen des Diebstahls und der Unterschlagung vermeiden wollen, dann hätte er, seinem Prinzipe nach Schaffung eines klaren Tatbestandes treu dem § 272 folgende Fassung geben müssen: „Ist der einfache Diebstahl oder die einfache Unterschlagung usw. begangen".

b) Bei Wegnahme von Gegenständen des wirtschaftlichen Gebrauchs und Verbrauchs.

Die tief einschneidende Wirkung des § 272, die verursacht wird durch die Erweiterung des Kreises der begünstigten Gegenstände, zeigt sich hier recht deutlich. Denn während die unter erschwerenden Umständen erfolgte Wegnahme von Gegenständen des wirtschaftlichen Gebrauchs und Verbrauchs nach § 272 V. E. als

Entwendung geahndet wird, muss wegen derselben Tat nach § 243 Str.-G.-B. die Bestrafung wegen Diebstahls eintreten. Der Unterschied zwischen Strafminimum und Strafmaximum in diesem Falle möge in der unten gegebenen Zusammenstellung veranschaulicht werden.

2. Verhältnis des Diebstahls und der Enwendung zum Raub nach geltendem Rechte und nach dem Vorentwurf.

a) Bei Entwendung von Nahrungs- und Genussmitteln.

Wissenschaft und Rechtsprechung stimmen darin überein, dass auch diejenigen beweglichen Sachen, welche gemäss gesetzlichen Privilegs nicht Gegenstand des eigentlichen Diebstahls sind, dennoch Objekte eines Raubes gem. § 249 Str.-G.-B., sein können, dass also auch an Sachen, die Objekte des Mundraubs nach § 370 Ziff. 5 Str.-G.-B. sind, ein Raub begangen werden kann. So sagt Frank Kommentar § 249 I „Der Raub ist kein qualifizierter Diebstahl, sondern ein selbstständiges Delikt; somit kann an Sachen, die nicht Objekte des gemeinen Diebstahls sein können, sehr wohl ein Raub begangen werden".

Olshausen (N. 3 zu § 249 Str.-G.-B.) folgert ebenfalls aus der selbständigen Natur des Raubes, dass auch diejenigen beweglichen Gegenstände, welche gemäss gesetzlichen Privilegs nicht Gegenstand des eigentlichen Diebstahls sind, dennoch Objekte des Raubes sein können.

Meyer Allfeld führt aus (S. 466): Gegenstand des Raubes ist wie beim Diebstahl eine fremde bewegliche Sache, einschliesslich aber derjenigen Gegenstände, welche als Objekt des Mundraubes erscheinen.

Ebenso die Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 10, S. 309; Bd. 14, S. 313.

Dagegen ist die Frage, ob bei Mundraub die Anwendung des § 252 Str.-G.-B. möglich ist, nicht einheitlich entschieden.

Die Litteratur vertritt überwiegend die Ansicht, dass bei Mundraub die Anwendung des § 252 ausgeschlossen sei.

So findet nach Frank-Kommentar § 252 II. 1 § 252 Str.-G.-B. nur dann Anwendung, wenn ein Diebstahl im Sinne des 19. Abschnitts des Strafgesetzbuchs vorliegt, also nicht, wenn ein Mundraub begangen wurde.

Olshausen (Kommentar Anm. 2. zu § 252) ist ebenfalls der Ansicht, dass § 252 Str.-G.-B. einen Diebstahl i. S. des 19. Abschnitts voraussetzte: „Denn da es lediglich um einen besonders ausgezeichneten Diebstahl sich handelt, so können die privilegierten, nicht mit Diebstahlsstrafe zu belegende Fälle nicht in Betracht kommen".

Ebenso Harburger (IV. S. 300.)

Anderer Ansicht ist das Reichsgericht, welches wiederholt (cf. E. R. Bd. 6. S. 325 und Bd. 13. S. 291) ausgesprochen hat, dass der Mundraub immer ein Diebstahl bleibe und in subjektiver wie in objektiver Beziehung den vollständigen Tatbestand des Diebstahls voraussetze, darum aber auch gegebenenfalls § 252 Str.-G.-B. Anwendung zu finden habe.

Wenn auch meines Erachtens die Entscheidung des Reichsgerichts sich auf die, wie oben ausgeführt, falsche Annahme stützt, dass der Mundraub in subjektiver und objektiver Beziehung den vollständigen Tatbestand des Diebstahls vorsetze, und daher nicht richtig ist, müssen wir uns doch bei einer Vergleichung der praktischen Folgen der durch den Vorentwurf hervorgerufenen Änderungen, mit der Tatsache abfinden, dass in der Praxis § 252 auch bei Mundraub Anwendung findet.

Würde nun diese Praxis durch den Vorentwurf eine Umwandlung erfahren?

Vorab ist zu bemerken, dass der Vorentwurf die §§ 249 und 252 Str.-G.-B. in einen Paragraphen zusammen gezogen und daraus folgende Bestimmung in § 274 V. E. geschaffen hat.

„Wer mit Gewalt gegen eine Person oder unter Anwendung von Drohungen mit gegenwärtiger persönlicher Gefahr einem Andern eine fremde bewegliche Sache wegnimmt oder abnötigt, um sie sich rechtswidrig zuzueignen, wird wegen Raubes mit Zuchthaus, bei mildernden Umständen mit Gefängnis nicht unter drei Monaten bestraft. In besonders schweren Fällen (§ 84) ist die Strafe Zuchthaus nicht unter fünf Jahren, und wenn durch die Handlung der Tot eines Menschen verursacht ist, Zuchthaus nicht unter zehn Jahren oder lebenslängliches Zuchthaus.

Dieselbe Strafe trifft denjenigen, welcher auf einem Diebstahl betroffen, gegen eine Person Gewalt oder Drohungen mit gegenwärtiger persönlicher Gefahr anwendet, um sich im Besitze des gestohlenen Gutes zu erhalten."

Abgesehen von einer uns in diesem Zusammenhang nicht weiter interessierenden Erweiterung des Tatbestands (§ 249 Str.-G.-B. lautet „wer wegnimmt oder abnötigt") sind die Begriffe des geltenden Rechts nicht geändert, nur die bisher bestehende Trennung von Raub und räuberischem Diebstahl ist aufgegeben, der Tatbestand des § 249 Str.-G.-B. mit dem des § 252 G. c. vereinigt.

Der Raub ist also, wie im geltenden Recht, kein qualifizierter Diebstahl, sondern ein selbständiges Delikt. Aber selbst wenn er qualifizierter Diebstahl wäre, würden, nachdem der Vorentwurf bei der Entwendung in subjektiver und objektiver Beziehung den vollständigen Tat-

bestand des Diebstahls voraussetzt, diejenigen Sachen, die Objekte der Entwendung sind, auch Gegenstände des Raubes sein. Es erleidet daher die gemeine Ansicht, die den Raub auch an Gegenständen des Mundraubs zulässt, nach dem Vorentwurf keine Änderung.

Was den räuberischen Diebstahl betrifft, so würde durch die Fassung des Vorentwurfs dem Streite darüber, ob räuberischer Diebstahl auch bei Mundraub möglich ist, ein Ziel gesetzt. Denn den Gründen, die mit Recht gegen diese Auffassung ins Treffen geführt wurden, ist durch die Fassung des Vorentwurfs der Boden entzogen.

Wie oben ausgeführt, wird als entscheidendes Moment betrachtet, dass § 252 Str.-G.-B. einen Diebstahl im Sinne des 19. Abschnitts voraussetze. Im Vorentwurf ist aber die Entwendung nicht nur in demselben Abschnitt wie der Diebstahl behandelt, sondern sie hat auch sämtliche Tatbestandsmerkmale des Diebstahls zur Voraussetzung. Folglich würde nach dem Vorentwurf die Praxis des Reichsgerichts, die § 252 auch beim Mundraub Anwendung finden lässt, keine Änderung erleiden.

b. bei Wegnahme von Gegenständen des wirtschaftlichen Gebrauchs oder Verbrauchs.

Während nach geltendem Recht diese Gegenstände nicht privilegiert sind, also zweifellos Objekte des Raubs und des räuberischen Diebstahls sein können, sind sie nach dem Vorentwurf den Nahrungs- u. Genussmitteln gleichgestellt. Nachdem aber diese Gegenstände nach dem Vorentwurf Objekte des Raubes und des räuberischen Diebstahls sind, (siehe oben) sind es auch die Gegenstände des wirtschaftlichen Gebrauchs oder Verbrauchs. Für sie bringt daher in dieser Beziehung der Vorentwurf keine Änderung gegenüber dem geltenden Recht.

3. Der Rückfall und seine Beziehung zur Entwendung und zum Diebstahl nach geltendem Rechte und nach dem Rechte des Vorentwurfs.

a. bei Entwendung von Nahrungs- u. Genussmittel. Das geltende Recht kennt den Rückfall als Strafschärfungsgrund nur bei bestimmten strafbaren Handlungen, nämlich bei Diebstahl — §§ 244, 245 — bei Raub — 250 Ziff. 5 — bei Hehlerei — § 261 — bei Betrug — § 264 — und in einem gewissen Sinne beim Bettel — 362 —.

Die Frage, ob §§ 244, 245 Str.-G.-B. auch auf den Mundraub Anwendung finden, mit andern Worten ob es auch einen Mundraub in Rückfall gibt, ist einheitlich verneint.

Olshausen Kommentar § 244 Note 9 führt zu dieser Frage aus: „Falls Vorschriften, wie § 370 Ziff. Str.-G.-B, Bestimmungen enthalten, nach denen gewisse Diebstähle (Entwendungen) mit mildernden Strafen zu belegen sind so ist eine auf Grund dieser Bestimmungen erfolgte Vorbestrafung zur Begründung des Rückfalls nicht geeignet".

Ebenso Frank Kommentar II. 1 zu § 245, Binding (Lehrbuch Bd. I. S. 304 B.), Harburger (Bd. 6 S. 300).

Für die Rückfallberechnung kommen also nach geltendem Recht nur Fälle in Betracht, welche als Diebstähle auf Grund der §§ 242, 243, Str.-G.-B zur Aburteilung gelangt sind.

Der Vorentwurf hat die kasuistische Regelung des Rückfalls als „willkürlich, in sich widerspruchsvoll und vor allem als zu eng begrenzt" aufgegeben. (Begründung S. 335) und die Bestimmungen über den Rückfall allgemeiner ausgestaltet. Von den Erwägungen, die zu dieser Änderung führten, seien die wichtigten angeführt.

Der Hauptmangel der geltenden Rückfallsbestimmungen werde mit Recht in ihrer an Bedürfnissen des

Rechtslebens nicht entsprechende Beschränkung auf die wenigen angeführten strafbaren Handlungen gefunden. Denn dem Rückfall komme keineswegs nur bei den genannten Verbrechen oder nur auf dem Gebiete der vermögensrechtlichen Delikte, dem sie sämtlich angehören, Bedeutung zu. Vielmehr sei das Bedürfnis verstärkter Repression den Personen gegenüber, die trotz erlittener Bestrafung von neuem vorsätzlich gegen die Gebote der Rechtsordnung verstossen und damit zugleich nachdrücklicher Prävention gegen den Rückfall ein ganz allgemeines. In der Beschränkung des geltenden Rechts auf einige besonders häufig begangene Vermögensdelikte komme eine einseitige Überschätzung der materiellen Rechtsgüter zum Ausdruck, die auch sonst in den gesetzlichen Strafdrohungen mitunter zutage trete und nicht gebilligt werden könne: Der Strafschärfung bedürfe es nicht nur gegen den, der stets gleiche oder verwandte Rechtsgüter angreife, sondern auch gegen den, der durch Übertretung der verschiedensten gesetzlichen Verbote eine allgemeine Missachtung der Rechtsordnung betätige. (Begründung S. 336.)

Aus diesen Erwägungen heraus wurde der § 87 des Vorentwurfs geschaffen:

„Wer wegen eines Verbrechens oder eines vorsätzlichen Vergehens Freiheitsstrafe erlitten hat und binnen 5 Jahren wiederum ein Verbrechen oder ein vorsätzliches Vergehen begeht, wegen dessen er Freiheitsstrafe verwirkt hat, befindet sich im Rückfalle."

Diese Begriffsbestimmung des Rückfalls hat jedoch vielen Widerspruch gefunden.

v. Liszt (Reform des Strafgesetzbuchs Bd. I. S. 388) hält ihn für zu formell; auch Wach (deutsche Juristenzeitung Bd. 15. S. 115) Mittermeier (Deutsche Juristenzeitung Bd. 15. S. 171) und Lilienthal (Aschaffenburg.

Monatsschrift VI. 544) sind mit der Rückfallsregelung des § 87 Vorentwurfs durchaus nicht einverstanden.

Meines Erachtens mit Unrecht; denn als schwerstes Argument wird gegen die Regelung des § 87 V. E. angeführt, dass seine Anwendung zu grossen Härten führen könne. Diese Härten sind jedoch durch die Fassung des § 88 V. E. vermieden. Denn § 88 Abs. IV. V. E. lässt eine Milderung der Rückfallstrafe zu, wenn besondere Umstände vorliegen, welche die in Abs. III. § 88 V. E. vorgesehene Mindeststrafe zu hart erscheinen lassen. Ausserdem hat der Richter in § 83 V. E. eine Handhabe, um unbillige Härten zu vermeiden.

§ 87 V. E. setzt also voraus, dass jemand wegen eines vorsätzlichen Vergehens Freiheitsstrafe erlitten hat.

Die Entwendung ist aber durch den Vorentwurf zu einem Vergehen gestempelt (Begründung S. 749). Folglich ist auch nach dem Vorentwurf bei Entwendung von Nahrungs- und Genussmitteln Rückfall möglich, während nach geltendem Rechte beim Mundraub Rückfallstrafe nicht verhängt werden kann, wie oben ausgeführt wurde.

Insofern stellt der Vorentwurf eine Verschärfung gegenüber dem geltenden Rechte dar.

b. bei Aneignung von Gegenständen des wirtschaftlichen Gebrauchs oder Verbrauchs.

Wenn die Aneignung durch Unterschlagung erfolgt, kann nach geltendem Rechte eine Rückfallstrafe nicht eintreten, weil das geltende Strafrecht einen Rückfall bei Unterschlagung nicht kennt.

Erfolgt aber die Aneignung durch Wegnahme aus dem Gewahrsam eines andern, dann müssen, wenn die Voraussetzungen des Rückfalls gegeben sind, die schweren Strafen des § 244 R.-Str.-G.-B. zur Anwendung kommen, gleichgültig, ob die Wegnahme aus Not oder zur Befriedigung eines Gelüstes geschah, ob der Gegen-

stand einen grösseren oder kleineren Wert besass. Dass diese Bestimmung zu Urteilen führen muss, die dem Rechtsbewusstsein des Volkes schroff widerstreiten, brauche ich nicht weiter zu erörtern. Dieser Tatsache hat auch sicherlich der § 248a der Strafgesetznovelle seine Entstehung mitzuverdanken, der denjenigen, welcher aus Not geringwertige Gegenstände entwendet oder unterschlägt, mit Geldstrafen bis zu 300 Mk. oder mit Gefängnisstrafe bis zu 3 Monaten bedroht. Denn da § 244 Str.-G.-B. nur den mit Rückfallsstrafe bedroht, der einen Diebstahl nach § 242 und § 243 Str.G.-B. begeht, kann § 244 nicht in Anwendung kommen, wenn ein „Notdiebstahl" nach § 248a verübt wird. Die Anwendung des § 244 bei „Notdiebstahl" wäre auch um deswillen ausgeschlossen, weil § 248a durch seine Fassung klar zum Ausdruck bringt, dass „Notdiebstahl" überhaupt kein Diebstahl im Sinne des § 242 Str.-G.-B. ist. § 248a wählt nicht das Tatbestandsmerkmal des Diebstahls „wegnehmen", sondern „entwenden".

Der Vorentwurf macht im Gegensatz zur Novelle, die natürlich nur Stückwerk ist, ganze Arbeit. Er hat, worüber oben gehandelt wurde, mit der Rückfallsregelung des geltenden Rechts ganz aufgeräumt.

Auch bei Aneignung von Gegenständen des wirtschaftlichen Gebrauchs oder Verbrauchs aus Not oder zur Befriedigung eines Gelüstes muss die Rückfallsstrafe eintreten, wenn die sonstigen Voraussetzungen des § 87 V. E. gegeben sind.

Aber abgesehen davon, dass die Rückfallsstrafen des Vorentwurfs soweit sie den Diebstahl betreffen (cf. § 7 Ziff. 5a) bedeutend milder sind, als die des § 244 Str.-G.-B., hat der Vorentwurf durch die Gleichstellung der zuletzt genannten Gegenstände mit den Nahrungs- und Genussmitteln dem Richter die Möglich-

keit gegeben, den Täter der im Rückfall handelt, für straflos zu erklären.

Auf eine Reihe der Handlungen, die nach geltendem Recht mit dem Strafminimum von 3 Monaten Gefängnis bestraft werden müssen, treffen die Voraussetzungen des § 83 Abs. II. V. E. zu, sodass in all diesen Fällen, selbst wenn Rückfall gegeben ist, von Strafe abgesehen werden kann. Durch diese Regelung würde eine Gesetzesbesimmung beseitigt, deren jedesmalige Anwendung bis in die jüngste Zeit hinein die heftigsten Angriffe gegen das geltende Strafrecht zur Folge hat.

## § 6.

## Weitere Vergleichsmomente.

1) **Die Aenderung des Vorsatzes und ihr Einfluss auf die Bestrafung nach geltendem Recht und nach dem Vorentwurf.**

Einfach liegt der Fall, dass der Täter, dessen Vorsatz auf Entwendung gerichtet ist, im Verlauf der Tatausführung seinen Vorsatz ändert und ihn richtet auf die Wegnahme nicht privilegierter Gegenstände. Denn in der Regel wird eine auf die Entwendung bezügliche Ausführungshandlung nicht vorgenommen sein, sodass nach geltendem Recht und nach dem Rechte des Vorentwurfs in diesem Falle nur eine Bestrafung wegen Diebstahls in Betracht käme.

Eine recht verschiedene Beurteilung hat jedoch der Fall gefunden, dass der Täter, zunächst in der Absicht, eine Entwendung zu verüben, unter erschwerenden Umständen in ein Gebäude unbefugt eingedrungen ist, den Vorsatz geändert und einen nicht zu den begünstigten Sachen gehörenden Gegenstand sich angeeignet hat.

Das Reichsgericht E. 14. S 312 fasst die Entwendung als Diebstahl auf und folgert daraus, dass die

Einheit dadurch nicht alteriert wird, dass sich der ursprüngliche Diebstahlsvorsatz auf ein anderes Moment gerichtet hat. Der nämliche Grundsatz zu stehlen, könne sich nach der Seite der Objekte noch während der Ausübung verengern oder erweitern. Es sei daher eine Übertretung und ein schwerer Diebstahl inidealer Konkurrenz begangen.

Nach Frank Kommentar A. 622 zu No. 5 liegt in einem solchen Falle nur einfacher Diebstahl vor. Ähnlich auch Schosky S. 36 ff. Dr. Friedländer S. 405. Auch wir können uns nicht zu der Auffassung des Reichsgerichts bekennen, weil wir von einem andern Gesichtspunkt ausgehen und den Mundraub für ein Sonderdelikt halten. Der gegebene Fall setzt zwei Handlungen voraus mit verschiedenem Vorsatz. Vor dem Einsteigen fasst der Täter den Vorsatz, zu entwenden, nachdem er eingestiegen ist, lässt der Täter den auf Entwendung gerichteten Vorsatz fallen und fasst den neuen Vorsatz, einen Diebstahl zu begehen. Nun kann man doch nicht so weit gehen, diesem neuen Vorsatz rückwirkende Kraft zu verleihen. Das wäre eine völlige Verkennung der ratio legis. § 243 Ziff. 2 Str.-G.-B. bedroht den mit besonderer Strafe, der die Diebstahlsabsicht unter vorsätzlicher Überwindung von Hindernissen zur Ausführung bringt. Daraus folgt, dass der Vorsatz schon vor Überwindung der Hindernisse vorhanden sein muss. Wenn nun der Täter in der Absicht einen Mundraub zu begehen, eingestiegen ist und die Hindernisse überwunden hat, wenn er dann den neuen Vorsatz auf Diebstahl richtet, braucht er keine Hindernisse mehr zu überwinden und ist wegen einfachen Diebstahls zu bestrafen.

Der Vorentwurf setzt nun zwar bei der Entwendung den Tatbestand des Diebstahls voraus. Trotzdem wäre unser Fall nach dem Rechte des Vorentwurfs nicht

anders zu entscheiden. Denn die ratio des § 270 Ziff. 4 V. E. ist dieselbe wie die des § 243 Ziff. 2 Str.-G.-B. Der Täter hat mit dem Vorsatze, einen privilegierten Diebstahl zu begehen, die Hindernisse überwunden. Nun lässt er diesen Vorsatz fallen und fasst den neuen, einen einfachen Diebstahl zu begehen. Die neue Tat ist daher, weil bei ihrer Ausführung keine Hindernisse mehr überwinden werden auch nach dem Rechte des Vorentwurfs nur als einfacher Diebstahl zu bestrafen, der Versuch der Entwendung muss straflos bleiben (siehe unter Ziff. 2.)

Der umgekehrte Fall, dass der Täter mit Diebstahlsabsicht einsteigt, aber dann eine Entwendung begeht, wäre meines Erachtens in ähnlicher Weise zu entscheiden. Auch hier werden zwei Handlungen mit verschiedenem Vorsatz begangen; die erste Handlung ist abgeschlossen mit der Aufgabe des Diebstahlsvorsatzes, die zweite beginnt, sobald die Absicht des Täters auf die Entwendung gerichtet ist. — Anderer Ansicht R. E. Bd. 30. S. 68, 69. — Sowohl nach dem geltenden Rechte wie nach den Bestimmungen des Vorentwurfs wäre daher der Täter wegen eines Verbrechens des Versuchs zu einem Verbrechen des Einbruchsdiebstahls realkonkurrierend mit einer Übertretung des Mundraubs bezw. einem Vergehen der Entwendung zu bestrafen.

2. Der Versuch der Entwendung nach geltendem Recht und nach dem Rechte des Vorentwurfs.

Der Mundraub fällt unter die Übertretungen, der Versuch des Mundraubs ist daher gem. § 43 Str.-G.-B. nicht strafbar.

Ebensowenig kann nach dem Vorentwurf der Versuch der Entwendung bestraft werden; denn die Entwendung ist zwar nach dem Vorentwurf ein Vergehen, aber § 75 Abs. II V. E. bestraft den Verbrecher eines Vergehens im Anschluss an § 43 Abs. II Str.-G.-B. nur

in den im Gesetz besonders bestimmten Fällen. Eine solche Bestimmung fehlt in § 272 V. E. Folglich ist der Versuch der Entwendung auch nach dem Rechte des Vorentwurfs nicht strafbar.

3. Sowohl § 370 Ziff. 5 Str.-G.-B. wie § 272 V. E. sind Antragsdelikte.

Die Motive, die zu der Bestimmung des § 370 Abs. II Str.-G.-B. und des § 272 Abs. II Vorentwurfs führten, werden wohl die sein, dass eine Zuwiderhandlung gegen die Bestimmungen des § 370 Ziff. 5 Str.-G.-B. bezw. § 272 V. E. keine öffentlichen Interessen berührt, und dass die Handlung so entschuldbar ist, dass man es dem Verletzten überlassen kann, ob er die Strafverfolgung will.

4. Nach geltendem Rechte wie nach dem Rechte des Vorentwurfs bleibt die Entwendung, wenn sie gegen Verwandte u. s. w. verübt ist, straflos.

§ 273 Abs. I. V. E. hat die Bestimmung des § 370 Ziff. 5 Abs. II. Str.-G.-B. fast wörtlich übernommen: „Wer eine Entwendung gegen einen Verwandten absteigender Linie oder gegen seinen Ehegatten begeht, bleibt straflos.

Ein Unterschied besteht nach § 273 V. E. gegenüber dem geltenden Recht darin, dass § 273 Abs. II. ausspricht, dass eine gegen andere Angehörige begangene Entwendung nur auf Antrag zu verfolgen ist.

Diese Bestimmung ist, soweit sie die Entwendung betrifft, vollkommen überflüssig, da die Entwendung überhaupt Antragsdelikt ist.

5. Auch nach dem Vorentwurf sollen die auf Grund des § 2 Abs. 2. Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch bestehenden landesrechtlichen Vorschriften über Feld- und Forstentwendungen nicht berührt werden, sondern nach wie vor dem Reichsgericht vorgehen. — Begründung S. 749. —

§ 7.

Nebeneinanderstellung der Strafrahmen bei Entwendung und Diebstahl nach geltendem Rechte und nach dem Rechte des Vorentwurfs.

1.

Entwendung von Nahrungs- und Genussmittel.

I. Nach geltendem Recht (Mundraub).

Strafmin.:

a. bei Wegnahme 1 M Geldstr. (§§ 370 Ziff. 5. 27)
b. bei Unterschl. 3 „ „ (§§ 246. 27)

Strafmax.:

a. **6 Wochen Haft** (§§ 370. 5. 18).
b. **5 Jahr Gefängnis** (246 I.)

II. Nach dem Rechte des Vorentwurfs.

Strafmin.: Strafmax.:

Straffreiheit (§§ 272 I. 83.) **6 Monate Gef** (§ 272 I.)

2.

Entwendung von Gegenständen des wirtsch. Gebrauchs oder Verbrauchs.

I. Nach geltendem Recht.

Strafmin.:

a. bei Wegnahme 1 Tag Gef. (§§ 242. 16. I.)
b. bei Unterschl. 3 M Geldstr. (§§ 246. 27.)

Strafmax.

a. **5 Jahre Gef.** (§§ 242. 16. I.)
b. **5 Jahre Gef.** (§ 246.)

II. Nach dem Rechte des Vorentwurfs.

Strafmin.: Strafmax.:

Straffreiheit (§§ 272. I. 83.) **6 Monate Gef.** (§ 272 I.)

3.

Versuch der Entwendung von Nahrungs- u. Genussmittel.

I. Nach dem geltenden Recht.

Strafmin.:

a. bei Wegnahme Straffreiheit (§§ 370. Ziff. 5. 43.)
b. bei Unterschl. 3 M Geldstr. (§§ 246. III. 44. 27.)

Strafmax.:

a. **Straffreiheit** (§§ 370. 5. 43.)

b. **Unter 5 Jahren Gef.** (§§ 246. 43. 44.)

II. Nach dem Rechte des Vorentwurfs.

Strafmin.: Strafmax.:

Straffreiheit (§§ 272. 75. II.) **Straffreiheit** (§§ 272. 75. II.)

4.

Versuch der Entwendung von Gegenständen des wirtschaftlichen Gebrauchs oder Verbrauchs.

I. Nach dem geltenden Recht.

Strafmin.:

a. bei Wegnahme 1 Tag Gef. (§§ 242. 44. 16. I.)

b. bei Unterschl. 3 M Geldstr. (§§ 246. 43. 44. 27.)

Strafmax:

a. **Gef. unter 5 Jahren** (§§ 242.)

b. „ „ **5** „ (§§ 246 44.)

II. Nach dem Rechte des Vorentwurfs.

Strafmin.: Strafmax

Straffreiheit (§§ 272. 75. II.) **Straffreiheit** (§§ 272. 75. II.)

5.

Rückfall bei Entwendung von Nahrungs- u Genussmittel.

5a beim ersten und zweiten Rückfall.

I. Nach geltendem Recht.

Strafmin.:

a. bei Wegnahme 1 M Geldstr. (§§ 370. 5. 27.)

b. bei Unterschl. 3 M Geldstr. (§§ 246. 27.)

Strafmax.:

a. **6 Wochen Haft** (§§ 370. Z. 5. 18.)

b. **5 Jahre Gef.** (§ 246 I.)

II. Nach dem Rechte des Vorentwurfs.

Strafmin.: Strafmax.:

Straffreiheit (§§ 272. 83. 87.) **6 Mon. Gef.** (§§ 272. 88. II.)

5b beim dritten und ferneren Rückfall.

I. Nach dem geltenden Recht.

Strafmin.:

a. bei Wegnahme 1 M Geldstr. (§§ 370. 5. 27.)
b. bei Unterschl. 3 M Geldstr. (§§ 246. 27.)

Strafmax.:

a. **6 Wochen Haft** (§§ 370. 5. 18.)
b. **5 Jahre Gef.** (246. I.)

II. Nach dem Rechte des Vorentwurfs.

Strafmin.: Strafmax.:

Straffreiheit (§§ 272. 83 87.) **12 Mon. Gef.** (§§ 272 88. III.)

6.

Rückfall bei Entwendung von Gegenständen des wirtschaftlichen Gebrauchs oder Verbrauchs.

6a beim ersten Rückfall.

I. nach dem geltenden Recht.

Strafmin.:

a. bei Wegnahme 1 Tag Gef. (§§ 242. 16. I.)
b. bei Unterschl. 3 M Geldstr. (§§ 246. 27.)

Strafmax.:

a. **5 Jahre Gef.** (§§ 242. 16)
b. **5 Jahre Gef.** (§ 246.)

II. Nach dem Rechte des Vorentwurfs.

Strafmin.: Strafmax.:

Straffreiheit (§§ 272. 83. 87. **6 Mon. Gef.** (§§ 272. 88. II.)

6b beim dritten und ferneren Rückfall.

I. Nach dem geltenden Recht.

Strafmin.:

a. bei Wegnahme 3 Monate Gef. (244. II.)
b. bei Unterschl. 3 M Geldstr. (§§ 246. 27.)

Strafmax.:

a. **10 Jahre Zuchthaus** (§ 244. I.)
b. **5 Jahre Gef.** (§ 246.)

II. Nach dem Rechte des Vorentwurfs.

Strafmin.: Strafmax.:

Straffreiheit (§§ 272. 83. **12 Mon. Gef.** (§ 272. 88. III.)

7.

Entwendung von Nahrungs- und Genussmittel unter erschwerenden Umständen.

I. Nach geltendem Recht.

Strafmin.: Strafmax.:

1 M Geldstr. (§§ 370. 5. 27.) **6 Wochen Haft** (§ 370. 5. 18.)

II. Nach dem Recht des Vorentwurfs.

Strafmin.: Strafmax.:

Straffreiheit: (§§ 272. 83.) **6 Mon. Gef.** (§ 272. I.

8.

Entwendung von Gegenständen des wirtschaftlichen Gebrauchs oder Verbrauchs unter erschwerenden Umständen.

I. Nach dem geltenden Recht.

Strafmin.: Strafmax.:

3 Mon. Gef. (§§ 243 II.) **10 Jahre Zuchthaus** (§ 243. I.)

II. Nach dem Rechte des Vorentwurfs.

Strafmin.: Strafmax.:

Straffreiheit (§§ 272. 83.) **6 Mon. Gef.** (§ 272. I.)